

As restrições ao direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado

Ney de Barros Bello Filho*

Introdução

O direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um direito fundamental. Ser um direito fundamental implica na sua posição de garantia contramajoritária que o transforma em cláusula pétrea, implícita ou explícita, e também implica no fato de que a todo titular deste direito subjetivo dota-se a possibilidade de demandar em juízo quando da agressão perpetrada contra o bem jurídico objeto deste mesmo direito.

Em outras palavras, ao se dizer que o direito ao ambiente é um direito fundamental se está dizendo que ele é um direito subjetivo dotado de justiciabilidade ou judiciabilidade.

Questão importante que decorre da admissão da existência de um direito subjetivo fundamental ao ambiente sadio diz com o enquadramento dogmático que este direito venha a possuir. Em outras palavras, é importante verificar qual a estrutura do direito fundamental ao ambiente.

Interessante notar — e neste aspecto a doutrina portuguesa capitaneada por Canotilho¹ é de relevo — que o direito ao ambiente pode se apresentar de diversas maneiras, bem como ser restringido por diversos meios, encartando-se no conceito de direito fundamental como um todo².

*Juiz Federal, Mestre em Direito pela UFPE, Doutor em Direito pela UFSC e professor da UFMA

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 187: O fato de o direito ao ambiente ser um direito econômico, social e cultural não significa que não possa se beneficiar de alguns traços do regime específico dos direitos, liberdades e garantias. Em segundo lugar, a caracterização constitucional como direito econômico, social e cultural não impede que o direito ao ambiente inclua no seu âmbito normativo importantes e decisivas posições prestacionais.

² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 240-247. Especialmente tratando do direito fundamental ao ambiente, p. 429.

Isto significa observar que o direito fundamental ao ambiente é um direito fundamental que se utiliza de todas as hipóteses existentes no seio da dogmática jurídica para se expressar como um direito subjetivo amplo. Dito de outra maneira, muito além de serem garantias contramajoritárias, os direitos fundamentais são direitos subjetivos que se demonstram de diversas formas.³

Como garantias contramajoritárias que são, os direitos fundamentais são categorias dogmáticas que se opõem a maioria que por sua vez se expressa através do Legislativo⁴. Quando se trata de um direito fundamental ao ambiente, se está tratando de um direito que limita as aspirações da maioria, que não pode ver seus interesses ultrapassar o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

A expressão do direito fundamental ao ambiente pode se dar como um direito a algo, como uma liberdade ou como uma competência.⁵

Quando se diz que o direito fundamental ao ambiente se caracteriza como um direito amplo se dizer que tal direito exercita-se aglutinando estas três formas de expressão. Ora o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado significa um direito a alguma coisa, como, por exemplo, quando dele decorrem políticas públicas de preservação ao

³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 240-247. Especialmente tratando do direito fundamental ao ambiente, p. 429.

⁴ Formalmente significa dizer que estão sob o pálio do art. 60 § 4º, IV. Materialmente significa dizer que o direito fundamental ao ambiente é uma regra contramajoritária implícita, uma vez que uma das causas da legitimidade a Constituição é a presença de direitos fundamentais. Neste caso, trata-se de garantias contramajoritárias quer o constituinte as tenham previsto, ou não.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 186-240; em um sentido ligeiramente divergente, percebendo a existência de: a) direitos de defesa, b) direitos de prestação, c) direitos de igualdade. Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 109-229.

ambiente — ora ele se apresenta como uma liberdade — por exemplo, a liberdade de usufruir do ar limpo e indene de poluição. Também pode se apresentar como uma competência na medida em que é possível vê-lo como um direito a um feixe de atribuições utilizáveis em defesa do ambiente. Disto também decorre o fato de o direito fundamental ao ambiente poder se expressar como um direito de defesa frente a intervenções do Estado e de particulares, apresentando-se como um direito fundamental de prestação, como um direito fundamental decorrente da igualdade, e como direito fundamental a um procedimento.

Poder se expressar de todas estas formas é o que garante ao direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado o adjetivo de um direito fundamental como um todo.

Considerando que ele não se trata de um direito que se expressa mononuclearmente, ele não se encarta nas estruturas preconcebidas de direitos fundamentais, contendo não uma forma de expressão de um direito fundamental, mas um feixe de manifestações que expressam a proibição de que o Estado faça algo que agrida o núcleo essencial do direito, como também, a obrigação estatal de proteção do bem jurídico frente à agressão de terceiros.

No mais, também fazem parte da forma de expressão do direito fundamental ao ambiente a obrigação — e também o dever — de praticar atos tendentes a preservar ou melhorar o ambiente, além da obrigação de disponibilizar instrumentos de participação dos titulares do direito fundamental ao ambiente nos espaços de tomadas de decisões relevantes para o ambiente. O direito ao procedimento é um consectário lógico do direito fundamental ao ambiente.

Ao se manifestar de todas estas formas, o direito fundamental ao ambiente, e obviamente qualquer direito fundamental, coloca-se em rota de colisão com outros direitos fundamentais que trabalham em sentido contrário.

Considerando-se que o direito ao ambiente é, acima de tudo, uma estrutura de direito que mitiga a liberdade e a propriedade, sendo de sua própria característica a redução da amplitude de tais direitos, é natural que restrições ocorram ao direito fundamental ao ambiente. Em outras palavras, é da essência de qualquer direito fundamental exercer a função de mandados de

otimização, e conseqüentemente sofrerem restrições por outros direitos.

2. As restrições ao direito fundamental ao ambiente

Os direitos fundamentais são constituídos por normas-princípio e também por normas-regra. Esta forma de manifestação é comum a todos os direitos fundamentais, entre eles o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado que é atribuído a todos pela norma expressa na disposição de direito fundamental do art. 225 da Constituição.

As normas-princípio são normas naturalmente abertas às quais se impõe uma necessária densificação para que possam ser aplicadas ao caso concreto. Isso se dá porque as normas de direitos fundamentais são normas de uma estrutura que permite a adoção de diversos conteúdos. Neste sentido, o conteúdo do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado poderia ser extremamente variável, a depender de processos de concretização ou densificação.

Isto implica em constatar que tais direitos são mandados de otimização, que atribuem direitos *prima facie*, ou seja, *a priori*, o que implica na impossibilidade de, previamente, o aplicador do direito ter conhecimento de toda a amplitude do direito fundamental ⁶.

O direito fundamental que surge para aplicação ao caso concreto é fruto da colisão que se opera em paralelo com a restrição de um direito fundamental, e tal restrição pode ser operada por um princípio ou por uma regra.⁷

Tal estrutura leva à necessidade de que tais direitos tenham seu conteúdo fixado após o processo de colisão com outros direitos fundamentais expressados por normas-princípios que vão atuar como força em sentido contrário. Este processo de ponderação^{8,9} de

⁶ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 65.

⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 79-80.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dell' argomentazione giuridica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

⁹ Acerca da ponderação como técnica de encontro do conteúdo essencial do direito conferir, na doutrina brasileira, SARMENTO,

direitos e princípios é que define, em última análise, os direitos fundamentais.¹⁰

Este processo de atribuição de conteúdo aos direitos fundamentais a partir da pressão formulada por outros direitos de igual dignidade confunde-se com o processo de restrições de direitos fundamentais, na medida em que o conteúdo definitivo se obtém depois da colisão de diversos direitos que se manifestam *a priori*. Isto implica em dizer que nenhum direito fundamental, já que todos se expressam por princípios, possuem conteúdo aprioristicamente determinado.

Por tal razão, a existência de um direito fundamental é algo maior, e às vezes antitético ao exercício de movimentos majoritários. O direito fundamental realiza uma equação pendular de equilíbrio entre maioria e minoria, conjugando as forças que compõem a base de um Estado Democrático de Direitos.¹¹

Com o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado não é diferente. O que se pode observar é que outros direitos exercem pressão sobre ele obrigando o aplicador a dar conteúdo a este direito após o processo de colisão.

A propriedade, a liberdade, o livre desenvolvimento da personalidade, o desenvolvimento econômico, entre outros, demonstram-se como direitos subjetivos e ocupam lugar no processo de definição de conteúdos, limitando o direito ao ambiente e restringindo as suas hipóteses de afirmação.

As restrições ao direito fundamental ao ambiente vão sempre estar vetorizadas por intermédio de uma norma. Estas normas, que colidem entre si, podem ter natureza constitucional, infraconstitucional ou mesmo serem normas de natureza administrativa, fruto de

um ato da administração pública que restringe direitos fundamentais por afirmar outros¹².

Assim, as restrições ao direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado estão dispersas em estruturas normativas que afirmam outros direitos que entram em choque com o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Embora seja natural dizer que o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado está sendo agredido por uma decisão administrativa ou por uma norma infraconstitucional, rompendo o princípio básico da hierarquia constitucional, é preciso verificar em que medida o conflito real realiza-se no plano constitucional, entre dois direitos fundamentais, tais como o direito à propriedade e o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Estes conflitos são, na verdade, hipóteses de colisões entre princípios constitucionais¹³, que sempre estarão prontos a restringir o direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Esta forma do direito fundamental se restringir traz a lume a interrogação acerca da existência de um núcleo essencial do direito que se mostra indene a qualquer restrição operada no processo de colisão de direitos fundamentais.

Em outras palavras, o que se põe é a questão acerca da existência de um conteúdo mínimo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado que reduza as possibilidades de restrição e se afirme como um *locus* intransponível para qualquer redução da amplitude *a priori*. Duas possibilidades se apresentam.

A primeira possibilidade reside na constatação de que há um núcleo em todo direito fundamental para além do qual é impossível a redução da amplitude deste mesmo direito, constituindo-se, este mesmo núcleo, em um núcleo duro, absoluto, que se opõe a qualquer redução.

A segunda possibilidade, que é a resposta mais adequada é aquela que vê a relatividade do núcleo

Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

¹⁰ A teoria da proporcionalidade permite a escolha de atuações estatais ambientais que realizem o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado impedindo que dá interpretação da norma, ou da fixação do conteúdo essencial do direito ao ambiente resultem interpretações que fiquem aquém do cuidado devido ou que hajam além da intervenção danosa minimamente suportável. O grau do impacto minimamente suportável intrinca-se diretamente com o conteúdo essencial do direito ao ambiente.

¹¹ MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa, 2003, especialmente p. 45.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 289 e ss.

¹³ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 80.

essencial dos direitos fundamentais, e, portanto, a relativização do conteúdo essencial, inclusive do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

O núcleo do direito fundamental ao ambiente é fixado pela própria atividade de ponderação. Ele é relativo, é maleável, e não se constitui em um centro absoluto para quem do qual não existe direito. É a própria ponderação, exercitando o princípio da proporcionalidade quem fixa o núcleo essencial do direito fundamental.¹⁴ Faz-se mister observar que o núcleo do direito fundamental ao ambiente não é um núcleo duro, sem maleabilidade, e que impede a movimentação de outros direitos fundamentais que trabalhem em sentido inverso, exercitando movimentos contrários ao direito ao ambiente. O núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é maleável, o que implica dizer que o conteúdo essencial do direito fundamental também se submete a atividade de ponderação, na realização do princípio da proporcionalidade¹⁵

A maleabilidade do núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente descortina a questão prática de se saber qual o limite para se considerar que o direito subjetivo fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado está sendo reconhecido.

Em outras palavras, se o núcleo essencial de um direito fundamental ambiental for relativo, qual o limite que pode ser reconhecido para delimitar as hipóteses de reconhecimento ou de negação deste mesmo direito.

A relatividade do núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente não implica na negação de normatividade para o dispositivo constitucional nem tampouco a perda de segurança jurídica para a norma atributiva de direito. Em verdade, o que existe é uma desvinculação do conteúdo do direito fundamental ao

ambiente de qualquer idéia preconcebida de conteúdo.

Em outras palavras, existem linhas gerais redutoras da discricionariedade interpretativa que frutifica com a relatividade do núcleo essencial, mas não existem momentos interpretativos absolutos.

O direito ao ambiente é um direito fundamental como um todo, o que implica na sua demonstração como um direito que se articula através de diversas formas.

Para cada forma de expressão do direito fundamental ao ambiente haverá fatalmente uma espécie de núcleo essencial que se impõe como uma idéia que não pode ser vencida através da atividade de restrição.

Quando o direito fundamental ambiental se manifesta como um direito subjetivo de defesa, o limite possível para uma restrição é a inexistência de excesso. O núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado reside no ponto em que a atuação do Estado ou do particular contrária ao ambiente não representa um excesso. A partir do momento em que a atuação de um outro qualquer direito fundamental for excessiva em relação aos bens ambientais, haverá ferimento do núcleo essencial do direito fundamental. O limite para a restrição é a inexistência de excesso.¹⁶

Ao revés, quando o direito fundamental ao ambiente se expressar através de uma prestação ambiental, tal direito se realiza até quando a prestação for eficiente, razão pela qual o limite da restrição é a existência de uma prestação eficiente, e o núcleo essencial reside na inexistência de prestação deficiente, ou seja, na eficiência da prestação.

Acaso a restrição ao direito fundamental de defesa seja de um jaez que a intervenção de outro direito seja excessiva ao limite de fazer desaparecer o conteúdo essencial de um direito fundamental ao ambiente, então a proporcionalidade e a ponderação agem no sentido de negar a possibilidade de restrição. De igual lance, se a restrição impede a realização de uma prestação minimamente eficaz em defesa do ambiente, en-

¹⁴ Admitindo a ponderação como mecanismo de resolução de conflitos de princípios, embora trabalhe com a teoria interna das restrições a direitos fundamentais, Cf. HABERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003; Acerca da relatividade do núcleo essencial Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 98.

¹⁵ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 97-99.

¹⁶ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 119 e ss.

tão a proporcionalidade vai impedir restrição ao direito fundamental ao ambiente neste volume¹⁷.

Por tais razões, o que se denomina de núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é o resultado da ponderação decorrente da colisão de direitos fundamentais, e subsumida ao conjunto de regras de proporcionalidade que estabelecem pontos de limitação à atuação de outras normas e direitos que trabalham em sentido inverso.

O direito fundamental ao ambiente é naturalmente o direito que restringe a propriedade e é por ela limitado. As emanções *prima facie* do direito ao ambiente são quase todas redutoras de um direito *a priori* à propriedade. Estas restrições se apresentam desde as restrições de deveres que limitam direitos até as restrições de regras que impõem limites a direitos.

O art. 225, § 1º, da CF/88 é pródigo no estabelecimento de deveres, e todos eles exercem funções de limitação de outros direitos referentes à propriedade. Em alguns casos é possível perceber, inclusive, limitações ao direito à liberdade, realizadas pelos deveres fundamentais ambientais.

Este conjunto de restrições deixa claro que o núcleo do direito fundamental ao ambiente é um núcleo relativo que se caracteriza por ser objeto de ponderação e proporcionalização. A definição da amplitude do direito fundamental ao ambiente, do seu núcleo essencial, ou da sua possibilidade de restrição é atividade para sempre legada a ponderação com outros direitos fundamentais.

Existem normas que jogam a função dogmática de operarem em sentido contrário garantindo a afirmação de direitos fundamentais que se opõem — *prima facie* — ao direito fundamental ao ambiente. É a ponderação de tais normas com as expressões do direito fundamental ao ambiente que traduz a expressão *a posteriori* do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Muito embora o movimento ambientalista apon-te para postulações distintas, o direito fundamental ao ambiente, dogmaticamente considerado, não tem toda a amplitude que a zetética do ambiente se lhe atribui.

Não se trata de um direito absoluto e irrestringível, nem tampouco limitador de outros direitos e livre de qualquer limitação.

A amplitude rogada pelos movimentos ambientais mais radicais, e sem compromissos jurídico-dogmáticos, limita-se a atribuição de significado para o direito ao ambiente considerado *prima facie*, no momento *a priori* de qualquer processo de aplicação da norma. Tal direito aprioristicamente considerado se opõe ao direito à propriedade, ao direito à liberdade sem que se tenha clareza, antes de efetuar ponderação de direitos, qual o resultado dogmático correto para a aplicação da norma. Ter um direito *prima facie* não representa poder exercê-lo ou vê-lo reconhecido quando do surgimento de um caso concreto.

A feição concreta do direito fundamental ao ambiente, o seu efetivo conteúdo, vai surgir quando da ponderação entre princípios constitucionais que trabalhem em sentido contrário, com o fito de afirmar outros valores e princípios constitucionais, com o conteúdo *prima facie* deste direito ao ambiente. O direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado nascerá sempre da ponderação de direitos. O âmbito de proteção da norma define-se em dois momentos: *o a priori* e *o a posteriori*.

Neste contexto é preciso notar que as normas jurídicas infraconstitucionais realizam diversos direitos fundamentais, entre eles o direito à liberdade e o direito à propriedade que jogam funções muitas vezes contrárias ao conteúdo essencial do direito fundamental ao ambiente. Tais normas restringem o direito fundamental ao ambiente compondo o direito ambiental a ser aplicado no caso concreto. Em razão de se caracterizar como um direito fundamental que se realiza ora como ora direito de defesa, ora como direito de prestação¹⁸, o direito fundamental ao ambiente restringe-se de diversas formas. É preciso observar que tais restrições devem sempre guardar consonância com o núcleo essencial do direito, uma vez que o conteúdo mínimo essencial,

¹⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 143 e ss.

¹⁸ Como lembra ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 429, o direito fundamental ao ambiente é um direito fundamental como um todo, e, portanto, é um direito que se realiza quer como direito a algo, quer como direito de defesa (liberdade), quer como uma competência. Também pode ser dedutível a um direito de igualdade, utilizando-se os ensinamentos de BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

e a própria normatividade do art. 225 da Constituição Federal, não devem ser postos em causa.

3. Conclusão

O direito ao ambiente é um direito fundamental. Ser um direito fundamental significa ser uma garantia contramajoritária e, ao mesmo tempo, um direito que é restringível por outros direitos, através de um processo de ponderação de direitos quando da ocorrência de uma colisão de direitos fundamentais.

O direito fundamental ao ambiente é um direito fundamental como um todo, na medida em que se expressa de todas as formas possíveis, configurando-se como um direito a algo, como uma liberdade, como uma competência e como um direito a um procedimento. Em quaisquer das classificações existentes para os direitos fundamentais é possível enquadrar o direito ao ambiente em todas as suas hipóteses.

A afirmação do direito fundamental ao ambiente quando do caso concreto dá-se por afirmação de seu conteúdo *a posteriori*, ou seja, após a colisão com outros direitos fundamentais. A expressão concreta do direito fundamental ao ambiente é sempre o resultado da sua ponderação com outros direitos. Desta forma é impossível conceber um conteúdo definitivo, *prima facie*, ao direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Por outro lado, esta afirmação do direito somente ocorre quando a atividade de ponderação respeitar o conteúdo essencial do direito fundamental, que é um limite intransponível cuja observância implica no reconhecimento dogmático do direito fundamental ao ambiente.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dell' argomentazione giuridica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 109-229.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed, 2004.

HABERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003.

MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa, 2003, especialmente p. 45.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 289 e ss.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002.